

司法部2007年度法治建设与法学理论研究部级科研项目

“农民土地权益法律保障制度研究（07SFB2042）”的最终成果

吴越 沈冬军 吴义茂 许英 等著

农村集体土地流转 与农民土地权益保障的 制度选择



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

1471186

司法部 2007 年度法治建设与法学理论研究部级科研项目
“农民土地权益法律保障制度研究(07SFB2042)”的最终
成果!

农村集体土地流转与 农民土地权益保障的制度选择

吴越 沈冬军 吴义茂 许英等著



淮阴师院图书馆1471186

法律出版社

D922.3/33

图书在版编目(CIP)数据

农村集体土地流转与农民土地权益保障的制度选择/
吴越等著. —北京:法律出版社,2012.7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3808 - 7

I. ①农… II. ①吴… III. ①农村—集体所有制—土地
使用权—土地转让—土地法—研究—中国 IV.

①D922.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 172756 号

©法律出版社·中国

责任编辑/谢清平

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/固安华明印刷厂

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/9.625 字数/244千

版本/2012年8月第1版

印次/2012年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3808 - 7

定价:22.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

**感谢司法部 2007 年度法治建设与法学
理论研究部级科研项目“农民土地权益法
律保障制度研究(07SFB2042)”的资助!**

作者简介

吴越,西南财经大学法学院教授,博士生导师。

沈冬军,西南财经大学法学院博士研究生。

吴义茂,广东省佛山市委党校副教授,西南财经大学法学院博士研究生。

许英,女,广东省肇庆学院政法学院讲师,西南财经大学博士研究生。

前 言

党的十六大提出“统筹城乡经济社会发展,建设现代农业,发展农村经济,增加农民收入,是全面建设小康社会的重大任务”。在提出统筹城乡发展这个战略决策之后,国务院批准设立了成都和重庆统筹城乡综合配套改革试验区,将政治决策付诸现实实践。为进一步给农村和农业发展提供政策支持,推动农村改革和发展,党的十七届三中全会通过了《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》。因此,从国家政策层面看,党和国家对农村改革和发展极为重视。

农村土地制度改革是统筹城乡发展的核心问题之一。^{〔1〕}随着改革开放政策的不断实施,我国市场经济发展不断深化,例如商品市场、劳动力市场、资本市场均逐步实现了市场化。市场机制在资源配置方面的作用越来越大,生产要素和商品的市场化程度越来越高。在现阶段,我国城市资源的配置已实现市场化,但是作为最为重要的社会资源之一的农村土地市场配置程度却比较低。我国现行土地管理制度侧重于对农村土地重行政管制、轻市场化配置农村土地资源。^{〔2〕}

在我国现行土地管理制度定位方面,现行农地立法主要定位于耕地保护和农民的社会保障功能,这两项功能贯穿农地立法始终,尤

〔1〕 龚晓红、庞新军:“土地要素、土地资本化与经济增长——基于重庆统筹城乡视角的实证研究”,载《农村金融研究》2011年第2期。

〔2〕 李涛、叶依广、孙文华:“农村集体土地所有权流转的交易成本分析”,载《中国农村经济》2004年第12期。

其是土地的社会保障功能。^{〔3〕}这就形成了制度选择上的“困境”：一方面农村土地必须流转，只有通过流转才能盘活土地存量资产，另一方面政策制定者又担心农民是否会因为集体土地流转而失去土地，同时由于后一方面担心而强化了集体土地的“身份性”。^{〔4〕}可见，由于农村社会保障制度的缺失，导致国家立法层面过于担心农民失地所产生的社会风险，而对集体土地流转担忧甚多，这在制度层面阻碍了集体土地流转。集体土地承担的社会保障功能不但使土地承包经营权法律配置“错位”，而且进一步加大了集体土地流转的交易成本。

在统筹城乡发展方面，作为统筹城乡综合配套改革试验区的成都进行了有益的尝试。成都试验区城乡在经济规模、经济结构和经济效率等方面的差距在不断缩小，统筹城乡的效果已经出现。重庆试验区也在户籍制度和土地流转制度改革等方面进行了探索和试验。^{〔5〕}因此，在国家作出统筹城乡发展这个战略决策之后，统筹城乡实践已在不断探索进行并已取得一定的具有普遍意义的经验。那么，这需要理论界以统筹城乡实践为理论背景，对统筹城乡实践经验进行总结和提炼，以产生具有普遍指导意义的理论成果，进一步从理论上推动我国城乡统筹发展和农民土地权益保护。

作为司法部2007年度国家法治与法学理论研究课题“农民土地权益法律保障制度研究(07SFB2042)”的最终成果，本书主要以统

〔3〕 李长健、张兵、袁蓉婧：“农村土地的社会保障功能与农村土地制度的完善——兼论农民权益保护问题”，载《农村经济》2009年第5期；王双、沈冬军：“集体建设用地流转制度‘瓶颈’与法律优化路径”，载《西南民族大学学报（人文社会科学版）》2010年第3期。

〔4〕 吴越、沈冬军：“土地承包经营权法律配置的制度‘瓶颈’与制度选择”，载《河北法学》2011年第4期。

〔5〕 严金明、王晨：“基于城乡统筹发展的土地管理制度改革创新模式评析与政策选择——以成都统筹城乡综合配套改革试验区为例”，载《中国软科学》2011年第7期；黄茂军：“‘三化’之下如何实现‘三保’——重庆市统筹城乡土地管理改革的思考与探索”，载《中国土地》2012年第1期。

筹城乡发展为语境探讨农民土地权益法律保护。具体包括农村土地权属制度变革与土地流转的实证分析、集体土地所有权主体制度创新与农民土地权益保护、集体建设用地流转与农民土地权益保护、农地入股法律制度创新与农民土地权益保护、集体土地抵押制度创新与农民土地权益保护、土地征收制度改革与农民土地权益保护以及失地农民社会保障制度创新与农民土地权益保护等内容。

本书是课题组成员分工合作的产物,撰写本书分工情况如下:全书的提纲设计、内容修改和定稿工作由吴越(西南财经大学法学院教授、博士生导师)、沈冬军(西南财经大学法学院博士研究生)共同完成。第一章由吴越完成,第二章由阳旭(四川省国土资源厅干部,法律硕士)、沈冬军完成,第三章由吴义茂(广东省佛山市委党校副教授,西南财经大学法学院博士研究生)完成,第四章由宋伟(西南财政大学法学硕士)完成,第五章由韩仁哲(民生银行成都分行职员,西南财经大学法学硕士)、罗杰(国家土地督察成都局干部,法学硕士)完成,第六章由许英(广东省肇庆学院讲师,西南财经大学法学院博士研究生)完成,第七章由贺玲(西南民族大学法学院讲师,西南财经大学法学院博士研究生)完成。

本书部分组成内容已经作为阶段性成果在《改革》、《河北法学》、《甘肃社会科学》、《中国土地科学》、《甘肃政法学院学报》等刊物上发表,在此我们表示衷心的感谢!

必须铭记的是,本书的完成还离不开给予我们帮助的人,他们是:国土资源部规划司司长董祚继先生,中国政法大学研究生院李曙光教授、四川省社会科学院周友苏教授、西南政法大学经济法学院卢代富教授、四川大学法学院王建平教授、西南财经大学法学院院长高晋康教授、副院长杨春禧副教授、西南财经大学法学院张家勇教授、唐清利副教授、美国圣地亚哥大学法学院 Prof. Orly Lobel 和 Prof. John I. Forry 以及其他为本书的完成提供帮助的人。我们在此表示衷心的感谢!当然,由于作者智识有限,书中难免有疏漏和不足之处,敬请各位专家和学者批评指正。

目 录

第一章 农村土地权属制度变革与土地流转的实证分析——基于农民认识与政府角色定位的视角

第一节 农民对土地所有权与农用地使用权的认识 / 1

一、农民对土地所有权变革的认识 / 1

二、农用地使用权及流转与农民的认识 / 4

第二节 农民对集体建设用地流转与融资的认识 / 7

一、农民对集体建设用地流转的认识 / 7

二、农村土地融资难题与破解思路 / 15

第三节 地方政府在农村土地流转中的角色及存在的问题 / 17

一、地方政府在农村土地流转中的角色定位 / 17

二、地方政府在农村土地流转中存在的问题 / 24

第四节 地方政府服务农村土地流转的法律规制 / 28

一、及时制定法律,整合涉地部门的财权、执行及监督职能 / 28

二、加强土地出让收益监管,避免乡镇权力滥用和异化 / 29

三、立法明确政府惠农用途管制,增加支农比例 / 30

四、积极推进省管县的财政体制改革,实行扁平化管理 / 30

五、协调省级法规和政策的制定,促进良性竞争 / 31

第五节 本章小结 / 31

第二章 集体土地所有权主体制度创新与农民土地权益保护

第一节 集体土地所有权制度的形成与现实困境 / 33

一、我国集体土地所有权发展历程与立法现状 / 33

2 目 录

二、集体土地所有权主体制度存在的问题 / 36

第二节 集体土地所有权主体重构的理论依据与目标模式 / 38

一、集体土地所有权主体法律重构理论主张 / 38

二、集体土地所有权主体:功能定位与目标模式 / 42

第三节 集体土地所有权主体制度的法律重构 / 45

一、集体土地所有权主体制度重构的理论前提 / 45

二、集体所有权主体组织重构的制度选择 / 47

第三章 集体建设用地流转制度创新与农民土地权益保护

第一节 集体建设用地使用权流转的理论基础 / 50

一、集体建设用地使用权流转的界定 / 50

二、集体建设用地使用权的性质及法律特征 / 57

三、农村集体建设用地使用权流转法律政策的流变 / 60

第二节 集体建设用地流转机制的制度选择 / 63

一、集体建设用地的产权界定 / 63

二、集体建设用地使用权的流转模式 / 64

三、集体建设用地使用权流转收益分配 / 70

四、集体建设用地流转的配套制度选择 / 75

第三节 集体建设用地流转机制的实证分析 / 80

一、宅基地使用权与集体建设用地流转 / 80

二、小产权房与集体建设用地流转 / 89

三、挂钩指标交易与建设用地流转 / 96

第四章 农地入股法律制度创新与农民土地权益保护

第一节 农地入股的理论基础与现行法律反思 / 112

一、农地入股的理论基础 / 112

二、农地使用权入股的优势与劣势 / 115

三、农地入股合理性的理论分析 / 118

四、农地入股的现行法律规定梳理 / 126

五、农地入股的制度“瓶颈”分析 / 128

第二节 农地入股形式的实证分析	/ 129
一、农地入股的形式	/ 129
二、农地入股形式的创新和面临的困境	/ 133
三、温江范式、南海范式潜在的风险	/ 135
四、重庆有限公司范式的述评与重整	/ 136
第三节 农地入股制度构建的法律选择	/ 148
一、建构渐进式的农村社会保障机制	/ 148
二、推行农业保险,保障入股农民的利益	/ 149
三、农地入股过程中的政府角色定位	/ 150
四、建立国家农村发展风险基金和拓展融资渠道	/ 152
五、农地入股与农民土地权益保护	/ 153
第五章 集体土地抵押制度创新与农民土地权益保护	
第一节 农地承包经营权抵押制度的现实困境	/ 161
一、农地承包经营权抵押概念与既有文献梳理	/ 161
二、农地承包经营权抵押立法现状与现实困境	/ 164
三、拓展现有农地抵押范围的思考	/ 167
第二节 土地承包经营权抵押的实证分析与理论初探	/ 170
一、土地承包经营权抵押的实证分析:以“寿光模式”为例	/ 170
二、保护性农地承包经营权抵押的理论初探	/ 174
第三节 保护性农地承包经营权抵押的制度和配套设施	/ 182
一、设立农地承包经营权抵押期限制度	/ 182
二、中介机构的功能性分析	/ 183
三、增强农民社会保障	/ 184
四、农地抵押中的政府角色定位	/ 185
第六章 土地征收制度改革与农民土地权益保护	
第一节 土地征收制度的历史沿革与改革实践	/ 187
一、土地征收制度的立法变迁	/ 187
二、征地实践的现状分析	/ 193

第二节 征地引发的经济社会问题及其制度根源 / 195

一、征地过程中产生的经济社会问题 / 195

二、导致土地征收问题的制度根源 / 200

第三节 国外土地征收制度比较分析 / 213

一、国外土地征收的立法概况 / 213

二、各国土地征收制度的主要内容 / 215

三、各国土地征收制度及其运行的特点分析 / 223

第四节 我国征地制度改革的制度选择 / 228

一、深化征地制度改革的理论基础 / 228

二、农村集体土地产权制度创新 / 234

三、农村土地征收制度改革的路径选择 / 236

四、强化征地相关配套制度改革 / 243

五、完善土地征收的制度创新与制度构建 / 246

第七章 失地农民社会保障制度创新与农民土地权益保护

第一节 失地农民社会保障制度需求的理论基础 / 257

一、集体土地承载的农民社会保障利益 / 257

二、二元社会保障制度格局下的失地农民:制度身份的模糊化 / 261

第二节 征地补偿机制与土地社会保障功能 / 265

一、征地补偿标准与土地之非正规保障功能的对应 / 265

二、征地安置方式是否满足“可持续生计”评价指标 / 267

第三节 失地农民养老保险制度的地方性实践与比较 / 271

一、“土地换社保”的成都实践 / 274

二、失地农民养老保险制度化运行实践分析 / 277

三、失地农民养老保险法制化运作的路径优化思考 / 280

第四节 本章小结 / 283

主要参考文献 / 285

第一章 农村土地权属制度变革与 土地流转的实证分析^{〔1〕}

——基于农民认识与政府角色定位的视角

第一节 农民对土地所有权与农用地使用权的认识

一、农民对土地所有权变革的认识

在现有的农村土地家庭承包制格局之下,由于农民人均土地资源稀缺,土地自然条件和交通条件有待完善,导致农民利用传统的分散经营方式很难实现土地增收,“种与不种一个样,多种与少种一个样”。变革农村土地权属制度已成为社会共识,而十七届三中全会“决定”则为农村土地权属制度变革指明了方向。本书在实地调研的基础上,着眼于农民根本利益角度,对农村土地制度现状、问题及其变革提出了初步设想。

农村土地制度究竟应当如何变革?近年来,实务界以及理论界都关注,有不少学者致力于农村土地制度变革的研究。归纳起来,无非是3种观点,即分别主张农村土地私有化、农村土地国有化和农村土地集体所有制不变。调查的结果表明,尽管有部分农民主张土地的私有化(尤其是大城市郊区的农民以及人口密度较小的地区),但是多数农民是反对土地私有化的。原因自然是多方面的。

〔1〕 本章内容是在课题阶段性成果《从农民角度解读农村土地权属制度改革》(《河北法学》2009年第2期)和《地方政府在农村土地流转中的角色》(《甘肃社会科学》2009年第2期)的基础上完成。

(一) 村委会与政府过于强势,土地私有化不能改变问题

受访的不少农民认为,他们本来就属于弱势群体,在强势的地方政府面前和村委会面前,政府说征地就能征地,说调整承包地就能调整。即使实行土地私有化,如果其他条件如征地补偿标准、农村法治建设、行政体制等不变,农民分到的那几分地也未必能够得到有效保护。如果配套条件不变,实行土地私有制等于“换汤不换药”。调查发现,村委会违规调整农民承包的土地,乡镇政府以政策名义违规征用、占用农民土地是导致农民对土地所有权变革漠不关心的最重要的原因。农民现在最为关心的是种地不赚钱,而对于制度变迁,其实没有任何热情。如果制度变迁朝着不利于农民得到实际利益的方向发展,那么任何制度变迁都不会得到农民的真正拥护。

(二) 不患苦而患不均,土地私有化存在巨大制度成本

受访农民的“不患苦而患不均”的思想是导致农民反对土地私有化的第二个原因。土地是农民的命根子,如果对全国的土地实行私有化,那必定是苦乐不均的。例如,在笔者调研过的内蒙古希拉穆仁草原地区,平均每个牧民承包的土地(草原)多达5000余亩,而在沿海和内陆的多数地方,人均耕地不足1亩,倘若实行土地私有化,势必引发新的分配不公。即使以一个乡镇、村或村民小组作为集体土地的基本单元实行土地私有化,也同样面临着苦乐不均的问题。土地具有很大的特殊性,受自身条件(地力)、自然因素(天气、水利)以及交通条件的约束很大。倘若实行土地私有化,那么土地的肥瘦、地理位置的优劣自然会成为分配中争议最大的问题。星月村留守农民吴文凡认为,如果本村实行土地私有化,大家都会去争取交通位置较好的肥田和大田,而交通位置不好的瘦田和小田则没有人要。倘若是这样,不但私有化搞不成,反而会引发农村新的社会矛盾。此外,长年外出务工或者举家迁入小城镇的农户很多年都没有回乡了,如果实行私有化,谁来代表他们的利益?显然,土地私有化的制度成本是巨大的。

（三）部分农民担忧土地私有化导致土地兼并回到“旧社会”

星月村八旬老翁毕开学认为,过去他们都是为地主耕田,如果允许私有化就可以实行土地的自由买卖,如果是这样的话,土地的兼并将导致形成新的地主阶层。而贫苦农民又可能回到“旧社会”的佃农时代,这是年长农民在心理上无法接受的一个事实。农民永久失去土地之后,如果没有其他生活来源,加之国家福利跟不上,则这部分农民的卖地收入很快就会用光,成为新的失业者。

（四）农民对土地国有化信心不足

在现有条件之下,多数农民也不赞同“土地的国有化”的主张。他们不能接受农村土地在一夜之间变为国有土地这样的现实。这是因为,从农民的角度来看,倘若农村土地全部实行国有化,则意味着农民彻底失去了土地的话语权,因为在土地集体所有制理念之下,尽管农民不是土地真正的所有权人,但是毕竟对于集体所有的土地拥有一定的话语权。根据《村民委员会组织法》,农村集体收益的分配、宅基地的使用以及农村土地的承包经营方案等都必须由全体村民民主表决决定。尽管存在着代理风险,但受访农民还是认为在土地集体所有制保持不变的情况下仍然能掌握部分的剩余话语权。反之,倘若“一刀切”实行土地国有化,那么不但农民集体将名存实亡,而且被政策和实践看好的农民专业合作社也将失去其土地根基,农民在土地使用权流转方面将失去更多的话语权。

另外,令受访农民欣慰的是目前农民也能享受到合作医疗、退耕还林补贴甚至养老保险等福利了,土地全部实行国有化之后,他们更加有理由期待与城镇人口一样享受平等的国家福利。可是让另一些受访农民担忧的也正是在这里:国家的福利能够真正保障农民的生存和发展吗?看看现实,多数农民认为单纯依靠国家福利是不能解决农民的生存的。一名不愿意透露姓名的受访农民认为,国家根本养不起8亿农民,加之各级政府对农民福利的层层克扣,农民对土地国有化更是没有信心。因此,在国家福利有限的情况下,留守农民依然只能靠种地来维持生计。倘若土地实行国有化之后,从理论上说,

农民都是在给国家打工,由政府组织、引导农民生产,国家还给予补贴,这无疑会让农民担心政府干预会抬头。“人民公社化运动”那种成天“挣工分、磨洋工”的画面在年长农民心中依然挥之不去。实际上,个别乡镇、村干部为了政绩需要而对农民种地实行干预,例如强迫农民种植上面规定的作物或者强制统一销售渠道,这令农民十分反感。总之,农民对于土地国有化之后的承包制是否会变,农民的自主经营权是否会变以及对国有化之后的生计持担忧态度。

(五) 维持和完善土地承包制符合农民根本利益

如果仅仅是概念上的私有化或者国有化,仍然实行目前的土地承包制,则受访农民认为那其实在“玩把戏”。在目前的情况下,土地在农民眼中本来就是“属于国家的”。国家政策无论怎么变,受访农民都认为各级政府在土地上拥有足够的话语权。“与其这样,还不如不变好”,年逾七旬的受访农民吴文成这样说,“把目前的承包制完善最好,让农民增收最好”。农民更关心的是土地收益以及国家福利的增加,而不是土地所有权的各种“理念”。十七届三中全会通过的《关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》(以下简称“决定”)明确指出:“要稳定和完善农村基本经营制度,现有土地承包关系要保持稳定并长久不变。”这是国家在制定土地政策以及完善相关法律时所不能忽视的。

二、农用地使用权及流转与农民的认识

对于目前各地进行的农用地使用权流转的尝试,农民当然是欢迎的。这其中的道理很简单,土地流转的试点可以让农民直接得到收益或者其他方面的好处。任何一项政策,只要能够真正惠农,农民当然是拥护的。目前存在的主要问题,一是随着人地矛盾的日益突出,导致村干部随意调整承包土地引发新的纠纷,二是农用地使用权流转过程中仍然存在一些损害农民利益的现象。

(一) 农户土地承包经营权调整存在的问题

现行《农村土地承包法》严格保护农民依据《宪法》而获得土地

承包经营权,原则上禁止村干部或者农民集体随意调整农户承包的土地,各地在过去也一直奉行“增人不增地、减人不减地”的原则。不过,随着农村外出务工或者外迁人口的增加,农村的人地矛盾日益突出。调研发现,农村出现了“8口人耕2亩地,2口人耕8亩地”的现象,一方面是耕地撂荒,另一方面有人想要多种地而没有地可种。为缓解这一矛盾,有的地方实行了“三年小调整,五年大调整”政策。这一政策其实是违背法律规定的。

在全面修订《农村土地承包法》时,首先应当正确区分物权性质的承包经营权与债权性质的承包经营权。我们认为,现行的《农村土地承包法》在立法指导思想上没有区分物权性质的承包经营权与债权性质的承包经营权,这是导致该法不能适应新农村建设和十七届三中全会“决定”强调土地承包经营权长期不变这一新形势的根本原因。农户依据《宪法》中的家庭承包经营制所获得的承包经营权,属于《物权法》所确认的具有物权性质的和社会保障功能的承包经营权,家庭承包户对其具有占有、使用、收益(和依法处分)4项权能,这种性质的承包经营权是法定的,因而也是原始的承包经营权,同时也具有一定的身份属性,也是可以在一定条件下依法继承的。这样的承包经营权应受到《宪法》和《物权法》的双重保护。反之,权利的相对人通过平等、自愿协商以协议方式从农户手中获得的土地承包经营权流转(例如转让、入股等)则仅仅具有债权性质,对债权性质的承包经营权,只能通过债权法规则进行救济,它因此也是派生性质的承包经营权。这一区分具有重大的理论价值和现实意义,也即,应当承认村委会、村民小组或者农民集体调整农村土地的权力,但是这种调整原则上只能是债权意义上的调整,而不能导致农户原始承包经营权的变动,原承包户重新主张其承包经营权的,应得到支持。

(二)农用地承包经营权概念化、资产化试点可使农民受益
例如,重庆长寿麒麟村、成都市温江区万春镇的农民专业股份化合作社试点、双流昆山农业园区以及苍溪县白桥镇的公司加农户专